

Sygn. akt: KIO 789/12

WYROK
z dnia 2 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2012r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2012 r. przez odwołującego ALPINE Construction Polska Sp. z o.o. 00-465 Warszawa ul. 29 Listopada 10 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku (w organizacji) 80-831-Gdańsk ul. Długa 81-83

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża ALPINE Construction Polska Sp. z o.o. 00-465 Warszawa ul. 29 Listopada 10 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 **zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez ALPINE Construction Polska Sp. z o.o. 00-465 Warszawa ul. 29 Listopada 10 tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Pismem z dnia 19 kwietnia 2012 roku, w dniu 19 kwietnia 2012r. wniesiono odwołanie.

Odwołanie zostało wniesione przez Alpine Construction Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. 29 listopada 10; 00-465 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku w organizacji ul. Długa 81-83; 80-831 Gdańsk.

Postępowanie dotyczy Wykonania Suchego Wykopu w ramach inwestycji pn. Budowa Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku.

Tryb prowadzonego postępowania to przetarg nieograniczony o wartości zamówienia przekraczającej kwotę zamówienia określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, ze. zm) zwanej dalej „Ustawą”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2012/S 44- 071778 w dniu 3 marca 2012 roku.

Odwołanie wniesiono w związku z czynnością zamawiającego udzielenia w dniu 10 kwietnia 2012 r., w trybie art. 38 ust. 2 Ustawy, odpowiedzi na pytanie wykonawców nr 198 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący zarzucił:

1. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 38 ust. 2 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 198 do SIWZ, w ramach której Zamawiający dokonał zawężającej wykładni opisu przedmiotu zamówienia, w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ograniczając tym samym możliwość zastosowania przez wykonawców rozwiązań równoważnych opisywanym przez zamawiającego w zakresie wykonania ścian będących elementem przedmiotu zamówienia;

2. naruszenie art. 31 ust. 1 oraz art. 30 ust. 1, 4 i 5 w zw. z art. 38 ust. 2 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez:

(a) nieuzasadnione uznanie w ramach odpowiedzi na pytanie nr 198 do SIWZ, że ściany szczelne nie stanowią rozwiązania równoważnego ścianom szczelinowym, co w konsekwencji doprowadziło do wyłączenia w powyższym zakresie możliwości powoływania się przez wykonawców na rozwiązania równoważne pomimo, że SIWZ dopuszczał tego rodzaju rozwiązania; oraz

(b) sformułowanie odpowiedzi na pytanie nr 198 do SIWZ w taki sposób, że doszło do nieuprawnionego uzależnienia możliwości zaoferowania przez wykonawcę rozwiązania równoważnego opisywanemu przez Zamawiającego, od arbitralnej decyzji Zamawiającego; a w konsekwencji także poprzez arbitralną odmowę zaakceptowania rozwiązania równoważnego, podczas gdy rozwiązanie równoważne spełnia wymagania określone przez zamawiającego, oraz

(c) uniemożliwienie wykonawcom zamierzającym zaoferować rozwiązanie zastosowania ścian szczelnych, będących rozwiązaniem równoważnym w stosunku do ścian szczelinowych, wykazania Zamawiającemu, że oferowane przez nich roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w trybie art. 30 ust. 5 Ustawy, poprzez arbitralną i nieuzasadnioną odmowę w udzielonej odpowiedzi nr 198 do SIWZ.

3. naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 38 ust. 2 Ustawy w zw. z art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz. U. z 2001 r., Nr 13, poz. 123, ze zm., „Udk”) w zw. z art. 44 ust. 3 pkt 1) ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, ze zm., „Ufp”) oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez dokonanie przy udzielaniu odpowiedzi na pytanie nr 198 do SIWZ naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z odrzuceniem rozwiązania równoważnego opisywanemu przez zamawiającego, które jednocześnie mogło okazać się istotnie tańsze od rozwiązania polegającego na wykonaniu ściany szczelinowej, a w efekcie mogło umożliwić zamawiającemu otrzymanie korzystniejszych ofert cenowych w ramach postępowania, tym samym zapewniając, że środki zamawiającego są wykorzystywane efektywnie, a przy tym jego wydatki są dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia odpowiedzi na pytanie nr 198 do SIWZ z dnia 10 kwietnia 2012 r.; względnie
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 198 do SIWZ, w sposób zapewniający zachowanie w postępowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oraz z uwzględnieniem argumentacji Odwołującego wskazanej w odwołaniu, tj. w sposób dopuszczający zastosowanie przez wykonawców w ofercie ścian szczelnych, z uwagi na fakt, że stanowią one rozwiązanie równoważne ścianom szczelinowym;
3. ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższych wniosków, w razie uznania przez Krajową Izbą Odwoławczą, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (np. biorąc pod uwagę wysoki stan niepewności wykonawców co do możliwości zaoferowania przez nich rozwiązań równoważnych oraz fakt, iż termin składania ofert upływa w postępowaniu w dniu 23 kwietnia 2012 r. o godz. 12:00, wnoszę o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy;

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie zestawienia, które zostanie przedłożone do akt sprawy.

Odwołujący powołał się na dopuszczalność odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, jako podmiot zajmujący się profesjonalnie wykonywaniem robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia, który ma możliwość uzyskania niniejszego zamówienia. Bowiern zamawiający dokonał takiej wykładni opisu przedmiotu zamówienia, która narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w nieuprawniony sposób utrudniając złożenie oferty w postępowaniu przez odwołującego.

Odwołujący powołał się na zachowanie 10-dniowego terminu na wniesienie odwołania, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1) ustawy, wobec opublikowania na stronie internetowej w dniu 10 kwietnia 2012 r., odpowiedzi na pytania.

Co do podnoszonego naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 38 ust. 2 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy odwołujący wskazał.

W przedmiotowej sprawie zamawiający dopuścił w SIWZ (pkt 3.4 SIWZ) zastosowanie przez wykonawców rozwiązań równoważnych opisywanym w dokumentacji projektowej. Możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych zamawiający potwierdził również jednoznacznie w odpowiedziach na pytania do SIWZ z dnia 2 kwietnia 2012 r. (pytanie nr 48).

Jednakże, w odpowiedzi na pytanie nr 198 z dnia 10 kwietnia 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że nie dopuszcza możliwości zastosowania ścian szczelnych, jako rozwiązania równoważnego ścianom szczelinowym. Zamawiający w sposób niedozwolony zawęził rozumienie opisu przedmiotu zamówienia, ograniczając tym samym możliwość zastosowania przez wykonawców rozwiązań równoważnych. Stało się tak pomimo, że rozwiązanie zastosowania ścian szczelnych w pełni spełnia wymagania zamawiającego, pozwalając na osiągnięcie podstawowego celu, jakim jest wykonanie suchego wykopu.

Przywołał opinię Urzędu Zamówień Publicznych, opublikowaną w dniu 17 maja 2010 r. na stronie internetowej UZP (http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/D;678:opis przedmiotu_zamowienia.html), zgodnie z którą wystarcza zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

Zamawiający naruszył zasadę, zachowania uczciwej konkurencji poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 198 do SIWZ, poprzez którą krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia w nieuzasadniony sposób uległ ograniczeniu. (Stefan Babiarsz, komentarz do art. 29 Ustawy, Lex Polonica; podobnie również autorzy komentarza do art. 29 Ustawy, zawartego w wydawnictwie pod red. Tomasza Czajkowskiego, wydanym przez UZP w 2008 r.).

Bowiem wykonanie wykopu suchego przy zastosowaniu ścian szczelnych jest rozwiązaniem równoważnym opisywanemu przez Zamawiającego rozwiązaniu zastosowania ścian szczelinowych. Tym samym należy uznać, że zastosowanie ścian szczelnych w pełni spełnia wymagania zamawiającego, tj. prowadzi do efektu końcowego w postaci wykonania suchego wykopu. Nie dopuszczając zatem możliwości zastosowania ścian szczelnych, zamawiający w sposób nieuzasadniony ograniczył liczbę potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Naruszenie art. 31 ust. 1 oraz art. 30 ust. 1, 4 i 5 w zw. z art. 38 ust. 2 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia ma wybór co do metody dokonywania tego opisu. W pierwszej kolejności, ma on obowiązek opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 ust. 1 Ustawy, tj. poprzez wskazanie cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. Z kolei, przepis art. 30 ust. 6 Ustawy pozwala na odstępianie przez zamawiającego od opisywania przedmiotu zamówienia w powyższy sposób, jeżeli zapewni on dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych. Zgodnie z piśmiennictwem w zakresie art. 30 Ustawy „w każdym przypadku opisywania przedmiotu zamówienia zamawiający jest obowiązany zaznaczyć, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Nie obowiązuje to tylko w przypadku opisu przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych” (tak np.: Jerzy Pieróg, komentarz do art. 30 Ustawy, Legalis 2012). W Postępowaniu, w którym Zamawiający opisał przedmiot zamówienia z zastosowaniem art. 30 ust. 1 Ustawy, prawidłowo zatem zostały dopuszczone w SIWZ rozwiązania równoważne opisywanym w dokumentacji projektowej.

Odwołujący pragnie podkreślić, że zgodnie z art. 30 ust. 5 Ustawy jest w stanie wykazać, że oferowane przez niego rozwiązanie wykonania ścian szczelnych jest rozwiązaniem równoważnym w stosunku do wykonania ścian szczelinowych.

(a) Projekt suchego wykopu formalnie stanowi fazę projektu wykonawczego natomiast w założeniu ma charakter projektu otwartego. Z tego względu szczegółowość podanych rozwiązań jest niewielka, aby nie ograniczać zakresu rozwiązań proponowanych przez wykonawców składających oferty, a następnie realizowanych przez wyłonionego wykonawcę. Dotyczy to szczegółów rozwiązań takich jak: technologia betonowania korka betonowego, sposób jego zakotwienia, podziały technologiczne ściany szczelinowej na sekcje, jej zakotwienie, ale również zamiany ściany szczelinowej na ściankę szczelną czy zamiany korka betonowego na rozwiązanie z ekranem z jet-groutingu.

Celem Zamawiającego jest uzyskanie suchego wykopu - autor projektu dopuszcza zaproponowanie przez wykonawcę prac suchego wykopu równoważnych rozwiązań zamiennych, ze szczególnym uwzględnieniem własnej technologii wykonawcy. Równoważność powinna zdaniem Odwołującego oznaczać możliwość zastosowania technologii alternatywnych pozwalających uzyskać założony efekt końcowy tj. suchy wykop przy zachowaniu: założeń projektowych (m. in. parametry geometryczne, szczelność, bezpieczeństwo) i założonego braku oddziaływań zewnętrznych dotyczących zmian poziomu wód gruntowych, tj. realizacji bez

odwodnienia powodującego wytworzenie leja depresji wokół wykopu. Alternatywnymi technologiami w takiej sytuacji może być zastosowanie traconej, kotwionej ścianki szczelnej (warz z konstrukcją żelbetową) zamiast kotwionej ściany szczelinowej, zastosowanie mikropali czy kotew zamiast baret kotwiących korek betonowy, czy też zastosowanie ekranu przeciw filtracyjnego (z jet groutingu) zamiast korka betonowego. Zdaniem Odwołującego z technicznego punktu każda z powyższych technologii widzenia stanowi równoważną technologię pozwalającą uzyskać dokładnie ten sam założony efekt końcowy Zamawiającego. Zamawiający w nieuzasadniony sposób uznał, że ściany szczelne nie stanowią rozwiązania równoważnego ścianom szczelinowym. W konsekwencji doprowadziło to do wyłączenia w powyższym zakresie możliwości powoływania się przez wykonawców na rozwiązania równoważne.

Zdaniem odwołującego wykorzystanie ścian szczelnych w pełni pozwala na osiągnięcie efektu końcowego założonego przez Zamawiającego.

Jeżeli rozwiązanie zaproponowane przez wykonawcę jest równoważne opisywanemu przez zamawiającego, to zamawiający nie ma możliwości odmowy zaakceptowania rozwiązania równoważnego.

Zamawiający jest „obowiązany dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawcą dysponującego produktem lub usługą niebędącą zgodną z powołaną w opisie przedmiotu zamówienia normą, aprobatą lub specyfikacją techniczną pod warunkiem, że wykaże on w swojej ofercie, iż prezentowany przez niego produkt lub usługa spełnia wymagania, jakich oczekuje zamawiający i w tym zakresie jest on równoważny z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia" (Emil Norek, komentarz do art. 30 Ustawy, Lex Polonica). W niniejszej sprawie należy uznać, że rozwiązanie zastosowania ścian szczelnych zamiast ścian szczelinowych spełnia wymagania zamawiającego, albowiem z technicznego punktu widzenia stanowi ono równoważną technologię pozwalającą uzyskać dokładnie ten sam założony efekt końcowy Zamawiającego.

Dodatkowo, należy wskazać, że poprzez arbitralne sformułowanie w odpowiedzi na pytanie nr 198 do SIWZ, sprowadzającej się do odmowy zaakceptowania rozwiązania równoważnego, Zamawiający tym samym uniemożliwił wykonawcom zamierzającym zaoferować rozwiązanie zastosowania ścian szczelnych, wykazanie zamawiającemu, że oferowane przez nich roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w trybie art. 30 ust. 5 Ustawy.

Niezależnie od kwestii wskazanych powyżej, warto podkreślić, iż zamawiający jako państwowa instytucja kultury, jest zobowiązana do kierowania się zasadą efektywności wykorzystania dostępnych mu środków, a także dokonywania wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Zastosowanie ścian szczelnych mogło bowiem także okazać się istotnie tańsze od rozwiązania

polegającego na wykonaniu ściany szczelinowej.

W dniu rozprawy pismem z dnia 27.04.2012r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzutów zamawiający przedstawił następującą argumentację formalną i prawną. Potwierdzając zapisy SIWZ o dopuszczalności rozwiązań równoważnych wskazał na konieczność zindywidualizowania dopuszczalności równoważnych rozwiązań w odniesieniu do wiedzy technicznej i celu społeczno - gospodarczego przedmiotu zamówienia.

Rzekome naruszenie przepisu art.29 ust.1 Ustawy nie ma miejsca, ponieważ znaczenie pojęcia ściana szczelinowa w odniesieniu do pojęcia ściana szczelna jest oznaczeniem jednoznacznym przy opisie przedmiotu zamówienia.

Zarzut naruszenia art.29 ust.2 Ustawy nie zawiera żadnych dowodów czy wystarczających argumentów, że ściany szczelne i szczelinowe to rozwiązania względem siebie równoważne, przy uwzględnieniu specyfiki i celu świadczenia będącego przedmiotem zamówienia. Wywody Odwołującego w zakresie technicznym zostały sformułowane w sposób abstrakcyjny w oderwaniu od uwarunkowań związanych z przedmiotowym zamówieniem.

Według zamawiającego sposób dokonania opisu (metoda oraz forma) w żaden sposób nie skutkuje ograniczeniem podmiotów, które mogą się ubiegać o udzielenie zamówienia, przez co nie zakłóca czy zniekształca konkurencję pomiędzy podmiotami, które złożą ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Bowiem zarówno zastosowanie ścian szczelinowych jak i ścian szczelnych jest rozwiązaniem technicznym, którego zastosowanie nie jest obwarowane uzyskaniem koncesji, zezwoleń czy innych aktów administracyjnych, ani też nie podlega ograniczeniom z uwagi na ochronę praw przysługujących określonym podmiotom, jak prawa autorskie i pokrewne autorskim. W związku z tym każdy podmiot może zaoferować wykonanie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem ścian szczelinowych. Natomiast w przypadku nie posiadania własnego potencjału technicznego, kadrowego czy doświadczenia, to może pozyskać je w toku niczym nie ograniczonej gry rynkowej lub skorzystać z podwykonawców lub skorzystać w tym zakresie z zasobów innych podmiotów. W związku z tym nie można uznać pretensji pod adresem zamawiającego, który opisując przedmiot zamówienia, z uwzględnieniem celu społeczno-gospodarczego, stawia wymóg rozwiązania technicznego, które dla danego podmiotu jest „niewygodne” w szerokim tego słowa znaczeniu.

Zamawiający wyjaśnił, że na etapie projektu koncepcyjnego była rozważana możliwość wykonania zabezpieczenia wykopu w formie ścianek szczelnych i innych technicznie możliwych rozwiązań. Przy czym obudowa pełni podwójną funkcję to jest zabezpieczenie wykopu oraz docelowo ścianę zewnętrzną budynku. Po przeanalizowaniu geometrii budynku oraz granicy działek sąsiednich rozwiązanie w formie ścianki szczelnej odzyskiwanej wykluczono ze względu na wysunięcie obudowy wykopu poza granice działki.

Ściana szczelna zespolona w wariacie zespolenia z zewnętrzną ścianą żelbetową budynku jest również

rozwiązaniem niewykonalnym z uwagi na grubość profilu. Przyjęcie takiego rozwiązania wiązałoby się ze zmniejszeniem powierzchni użytkowej budynku. Bowiern znaczny wpływ na powierzchnię użytkową budynku będą miały odchyłki wykonawcze ściany szczelnej.

Kotwy gruntowe wymagają stałego monitoringu oraz wykonania ewentualnego doprężenia co zmniejsza użyteczność pomieszczeń zlokalizowanych bezpośrednio przy ścianie zewnętrznej budynku. Kotwy projektuje się na okres około 25 lat. Budynek zaś ma charakter monumentalny o znacznie dłuższym okresie użytkowania. Zastosowanie kotew gruntowych stałych wiąże się też z uzyskaniem zgody na ich wychodzenie na sąsiednie działki, a zamawiający miał już trudność z uzyskaniem zgody na użyczenie gruntu pod kotwy tymczasowe.

Powyższa argumentacja wraz z bardziej szczegółowym uzasadnieniem przedstawiona została przez Biuro Sp. z o.o. w Gdyni w piśmie z dnia 20 kwietnia 2012r. Biura Projektów mgr inż. Pawła Gębki Studio Architektoniczne „Kwadrat”, stanowiąca załącznik do niniejszego stanowiska.

W ocenie zamawiającego niezasadny jest również zarzut naruszenia art.30 ust.1 Ustawy, ponieważ odwołujący nie podejmuje nawet próby wykazania zasadności tego zarzutu, a przecież zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne, a jedynie kwestionuje nie uznanie za równoważne ścian szczelnych w odniesieniu do ścian szczelinowych.

Według zamawiającego jest również niezasadny zarzut naruszenia art.30 ust.5 ustawy, ponieważ przepis jest adresowany nie do zamawiających, a do wykonawców. Zamawiający nie ograniczył jego stosowania, a spór dotyczy tylko zakresu pojęcia równoważności.

Niezasadny jest także zrzut naruszenia art.30 ust.4 ustawy, ponieważ zamawiający wprowadził do SIWZ zapis o prawie oferowania rozwiązań równoważnych.

Nieuprawnianym w ocenie zamawiającego jest również zarzut naruszenia art. 31 ust. 1 Ustawy, ponieważ przedmiot zamówienia został opisany w sposób w tym przepisie wskazany, a co nawet odwołujący nie próbuje podważyć.

Co do naruszenia przepisu o ustawy z dnia 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (Dz. U. z 2001 r., Nr 13, poz. 123, ze zm.) w zw. z ustawą z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, ze zm.) to stwierdzenie naruszeń tych przepisów nie leży w gestii środków ochrony prawnej. Tym bardziej, że cena nie jest jedynym wyznacznikiem oceny staranności zamawiającego przy udzieleniu zamówienia publicznego, ponieważ należy brać pod uwagę chociażby unikatowy charakter przedmiotowego przedsięwzięcia.

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Izba nie stwierdziła przesłanek z art.189 ust.2 ustawy decydujących o obligatoryjnym odrzuceniu odwołania, co

stanowiło podstawę do skierowania sprawy na rozprawę.

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy jako podmiot zainteresowany uzyskaniem zamówienia, a wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy mogą pozbawić go uzyskania zamówienia, co może narazić go na szkodę.

Przyczyną wniesienia odwołania była odpowiedź zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2012r. w której na zadane pytanie wyjaśnił, że umocnienie wykopów nie może stanowić ściana szczelna (ściana ze stali) tylko ściana szczelinowa (ściana żelbetowa) zgodnie z dokumentacją projektową zamawiającego.

W dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożonej do akt sprawy znajduje się:

1. specyfikacja istotnych warunków zamówienia w której zgodnie z pkt 3.4. Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym w dokumentacji projektowej. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest zobowiązany wykazać, że oferowane przez niego roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania potwierdzeń przez projektanta i Zamawiającego w zakresie rozwiązań równoważnych. Wykonawca ponosi ryzyko ewentualnego braku akceptacji zaproponowanego rozwiązania równoważnego.
2. odpowiedź na pytania z dnia 10 kwietnia 2012: Pytanie 198. Prosimy o informację czy jest możliwość zamiany ściany szczelinowej na ścianę szczelną?; Odpowiedź 198: Projektant nie dopuszcza możliwości zastosowania ścian szczelnych.

Zdaniem odwołującego również ściana szczelna spełni funkcje przewidziane w SIWZ. Natomiast zamawiający bezpodstawnie na taką zamianę nie wyraża zgody. Na rozprawie zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz przedstawił stosowną argumentację, przedstawioną powyżej.

Przedstawiciel odwołującego na rozprawie odnosząc się do konkurencyjności cenowej ściany szczelnej w stosunku do ściany szczelinowej, co było podnoszone w odwołaniu, oświadczył, że nie jest tego pewien, ponieważ wszystko zależy od całości zadania i stwierdzić można byłoby tego rodzaju efekt dopiero po całościowym przeliczeniu kosztu zadania.

Wobec powyższego Izba poniżej nie odnosi się do zarzutu nie zainteresowania oszczędnością środków przez zamawiającego przy zastosowaniu ściany szczelnej jako równoważnej ścianie szczelinowej, ponieważ traktuje zarzut jako cofnięty, więc nie podlegający rozpoznaniu przez Izbę.

Odwołujący złożył wniosek o powołanie biegłego, w celu ustalenia czy zastosowanie ściany szczelnej jest równoważne do ściany szczelinowej.

Zamawiający wniósł o oddalenie wniosku, ponieważ przedmiotem sporu nie jest czy ściany szczelne są zrównane ze ścianami szczelinowymi, tylko czy w danym konkretnie zadaniu można zastosować zamiast ścian

szczelinowych ściany szczelne. Zamawiający odnosząc się do wniosku odwołującego oświadczył, że prof. Eugeniusz Dębicki odniósł by się do zamienności ścian w przedmiotowym zadaniu. Zamawiający odnosząc się do specjalności prof. Eugeniusza Dębickiego, który jest biegłym z zakresu geotechniki fundamentowania jest elementem niewystarczającym, ponieważ trzeba by przeprowadzić całą analizę budowy budynku z projektem obudowy wykopu.

Izba nie dopuściła dowodu z opinii biegłego na okoliczność czy zastosowanie ściany szczelnej jest równoważne do ściany szczelinowej z uwagi na to, iż w ocenie Izby do rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii spornej nie jest wymagana wiedza szczególna, a powołanie biegłego miałyby wpływ na przewlekłość postępowania odwoławczego.

Izba zważyła

Odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego twierdząc, że udzielona odpowiedź na pytanie nr 198 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców, w związku z prawem wykonawców do oferowania zamawiającemu rozwiązań równoważnych. Zdaniem odwołującego udzielona odpowiedź w efekcie powodowała zawężenie wykładni opisu przedmiotu zamówienia bez możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego.

Na poparcie swojego zarzutu odwołujący przywołał następujące przepisy ustawy: art.29 ust.1 i 2 w związku z art. 38 ust.2 oraz art.7 ust.1 ustawy.

Przywołany art. 38 ust.2 ustawy w swojej treści ma charakter ściśle proceduralny i nie należy go odczytywać w kategoriach naruszeń ustawowych objętych przedmiotowym odwołaniem. Bowiem w treści odwołania jest on przywołany jako potwierdzający samą w sobie czynność zamawiającego w związku z którą zamawiającemu stawia się zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Brzmienie art. 38 ust.2 ustawy jest następujące: „Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający przekazuje wykonawcom, którym przekazał specyfikację istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania, a jeżeli specyfikacja jest zamieszczana na stronie internetowej, zamieszcza na tej stronie.” W związku z tym należy uznać, że odwołujący nie zarzuca naruszenia art.38 ust.2 ustawy.

Natomiast zarzut naruszenia pozostałych powyżej wymienionych przepisów ustawy jest jednoznaczny. Brzmienia art. 29 ust.1 i ust.2 i art. 7 ust.1 ustawy są następujące:

„Art.29 ust.1 Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. ust.2 Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.”

Niemniej zarzut w ocenie Izby jest gołosłowny, ponieważ w treści odwołania, nie wskazano okoliczności faktycznych zamawiającego, którym można byłoby przypisać dyspozycje zawarte w treści art. 29 ust.1 i 2

ustawy. W żadnym fragmencie odwołania nie przywołano czynności zamawiającego, którym można byłoby przypisać brak jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, czy brak dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń bądź nie uwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Również w ocenie Izby w treści odwołania nie wywiedziono, aby przedmiot zamówienia opisano w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Wręcz odwołujący wskazywał na zapisy w SIWZ, które nie utrudniają uczciwej konkurencji to jest na zapisy, dopuszczające rozwiązania równoważne.

Natomiast uwzględniając czynność stanowiącą przedmiot odwołania to jest udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 198, można z tego zdarzenia wywieść cel przywołania art.29 ust.2 ustawy, który ma chronić wykonawców przed opisywaniem przedmiotu zamówienia w sposób mogący powodować utrudnienie uczciwej konkurencji. Odwołujący zaskarżył tę czynność zamawiającego uznając, że treść wyjaśnień zamawiającego narusza nie tylko dotychczasowe zapisy SIWZ o dopuszczalności rozwiązań równoważnych, ale również zasadę nie opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Odwołujący dodatkowo jeszcze przywołał art.7 ust.1 ustawy, zgodnie z którym, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców”.

Przy czym zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia powyżej opisanego zarzutu odwołującego jest wskazanie, że odwołujący, kwitując swój zarzut dochodzi do konkluzji, iż ograniczenie przez zamawiającego zastosowania równoważnego rozwiązania w zakresie ściany umacniającej suchy wykop tylko do ściany szczelinowej, jest ograniczeniem dostępu do zamówienia, to jest do ograniczenia liczby wykonawców, którzy mogą wykonać zamówienie.

Słusznie odwołujący przywołał opinię UZP z której wynika, że wykonawca wystarczy, iż uprawdopodobni utrudnianie uczciwej konkurencji, ponieważ za powyższą wykładnią art.29 ust.2 ustawy przemawia użycie w nim zwrotu ”mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”.

Co do rozumienia uczciwej konkurencji to odwołujący również słusznie sprowadza ją do ograniczenia dostępu do zamówienia. Idąc za tokiem rozumowania odwołującego można by dojść do wniosku, że im więcej możliwych sposobów dopuszczonych w zakresie ścian wzmacniających wykop to tym więcej potencjalnych wykonawców.

Niemniej w ocenie Izby na podstawie zgromadzonego materiału w sprawie a w szczególności wyjaśnień zamawiającego nie można w szerokim tego słowa znaczeniu przyznać racji odwołującemu, że każde w tym szczelne ściany są równoważne ścianom szczelinowym.

Przede wszystkim odwołujący nie wskazał innych rodzajów ścian. Na tej podstawie można przyjąć, że innych sposobów poza ścianami szczelnymi i szczelinowymi nie ma.

Postawiony zarzut ograniczenia sposobów wykonania umocnienia suchego wykopu nie został uprawdopodobniony przez odwołującego. Bowiem należy mieć na uwadze, że ograniczenie wykonania ściany

wykopu do ściany szczelinowej nie oznacza wprost, że ogranicza się potencjalny krąg wykonawców. W rozpoznawanej sprawie jest to tylko twierdzenie odwołującego nie oparte na jakimkolwiek uprawdopodobnieniu. Natomiast zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie użył następujących sformułowań zaprzeczających postawionej tezie przez odwołującego o ograniczeniu dostępu do zamówienia. („Według zamawiającego sposób dokonania opisu (metoda oraz forma) w żaden sposób nie skutkuje ograniczeniem podmiotów, które mogą się ubiegać o udzielenie zamówienia, przez co nie zakłóca czy zniekształca konkurencję pomiędzy podmiotami, które złożą ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Bowiem zarówno zastosowanie ścian szczelinowych jak i ścian szczelnych jest rozwiązaniem technicznym, którego zastosowanie nie jest obwarowane uzyskaniem koncesji, zezwoleń czy innych aktów administracyjnych, ani też nie podlega ograniczeniom z uwagi na ochronę praw przysługujących określonym podmiotom, jak prawa autorskie i pokrewne autorskim. W związku z tym każdy podmiot może zaoferować wykonanie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem ścian szczelinowych. Natomiast w przypadku nie posiadania własnego potencjału technicznego, kadrowego czy doświadczenia, to może pozyskać je w toku niczym nie ograniczonej gry rynkowej lub skorzystać z podwykonawców lub skorzystać w tym zakresie z zasobów innych podmiotów. W związku z tym nie można uznać pretensji pod adresem zamawiającego, który opisując przedmiot zamówienia, z uwzględnieniem celu społeczno-gospodarczego, stawia wymóg rozwiązania technicznego, które dla danego podmiotu jest „niewygodne” w szerokim tego słowa znaczeniu.”

Reasumując stanowisko zamawiającego to stwierdził on, że wymóg wykonania umocnienia ścianą szczelinową nie stanowi ograniczenia dostępu do zamówienia, ponieważ w sytuacji braku wiedzy i doświadczenia (brak kwalifikacji) uniemożliwiającego wykonanie bezpośrednio siłami własnymi wykonawcy może on zawsze posłużyć się np.: podwykonawcą, a co nie ogranicza jego udziału w zamówieniu.

Odwołujący nie odniósł się do stanowiska zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie wprost zaprzecza twierdzeniu odwołującego, że przez wymóg ściany szczelinowej ogranicza się dostęp do zamówienia.

Natomiast odwołujący powoływał się na równowagę pomiędzy obydwoma metodami umocnienia suchego wykopu, pomijając obowiązek z jego strony uprawdopodobnienia utrudnienia uczciwej konkurencji, przez ograniczenie dostępu do zamówienia, na które to okoliczności wskazywał w odwołaniu, przywołując art. 29 ust.2 ustawy.

W związku z powyższym w ocenie Izby odwołujący nie uprawdopodobnił, naruszenia uczciwej konkurencji, przez wskazanie jako jedynej metody wzmocnienie wykopu ścianą szczelinową. Skoro zamawiający zaprzeczył i argumentował w odpowiedzi na odwołanie przeciwko twierdzeniu odwołującego, że wymóg ściany szczelinowej ogranicza dostęp do rynku to chociażby z powodu braku przyznania twierdzeniom odwołującego, nie można uznać zarzutu z odwołania o naruszeniu art.29 ust.1 i 2 w związku z art.7 ust.1 ustawy, za wykazany. Bowiem fakt, że w przypadku twierdzenia, które nie trzeba udowodnić, a wystarczy uprawdopodobnić, nie oznacza za uprawdopodobni się, jeżeli zamawiający kategorycznie zaprzecza i przedstawia argumentację, a odwołujący nawet nie podejmuje w tym zakresie jakiegokolwiek kontrargumentacji.

W związku z powyższym opierając się na treści art.190 ust.5 zdanie drugie ustawy w brzmieniu „Nie wymagają też dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem sprawy”, nie można wywieść faktu przyznania przez zamawiającego ograniczenia dostępu do zamówienia przez wymóg zastosowania tylko ściany szczelinowej do umocnienia wykopu pod przyszły budynek Muzeum II Wojny Światowej.

Co prawda na wykazanie naruszenia uczciwej konkurencji w dyspozycji art.29 ust.2 ustawy nie wymaga się dowodu, ale skoro zamawiający przeczy naruszeniu tej zasady przywołując własną argumentację, a odwołujący nie podejmuje jakiegokolwiek polemiki z zaprzeczeniem zamawiającego, to nie można uznać za uprawdopodobnione naruszenie uczciwej konkurencji. Tym samym odwołujący nie uprawdopodobnił, że wystąpiło ograniczenie dostępu do rynku przez wskazanie jako jedynie możliwej metody ściany szczelinowej na umocnienie suchego wykopu pod przyszły budynek Muzeum II Wojny Światowej.

W dalszej kolejności odwołujący przywołał naruszenie art. 31 ust. 1 oraz art. 30 ust. 1, 4 i 5 w zw. z art. 38 ust. 2 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie uznanie przez zamawiającego za równoważne ścian szczelnych i szczelinowych, a co wykluczyło możliwość powoływania się na rozwiązania równoważne w tym zakresie. Odpowiedzi na pytanie 198 zarzucono arbitralność decyzji zamawiającego co do równoważności rozwiązań. Ponadto odwołujący podkreślił, że odpowiedź zamawiającego wyklucza na etapie składania ofert zastosowanie ścian szczelnych w miejsce szczelinowych.

Zgodnie z art.31 ust.1 ustawy Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Z kolei w myśl przywołanych art.30 ust.1,4 i 5 ustawy: 1.Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.

4.Opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art.1-3, zamawiający obowiązany jest wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. 5.Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane, spełniają wymagania określone przez zamawiającego.”

W ocenie Izby zarzut ten jest bezprzedmiotowy, ponieważ odwołujący nie wykazał, że wskazanie przez zamawiającego ściany szczelinowej, może utrudnić uczciwą konkurencję. Skoro pierwszy warunek do obowiązku dopuszczenia rozwiązań równoważnych nie został przez odwołującego wykazany, to bezprzedmiotowe jest dla rozpoznania odwołania, zagadnienie równoważności ścian szczelnych i szczelinowych.

Niemniej należy nadmienić że zamawiający zaprzeczył również na rozprawie, równoważności tychże ścian. Jego przedstawiciel Paweł Gębka – Główny projektant konstrukcji (pełnomocnik) złożył wyjaśnienia, z których wynika, (...)że w tej inwestycji mamy do czynienia z rozwiązaniem technicznym w zakresie suchych wykopów na skale unikatu, ponieważ do tej pory z zastosowaniem suchych wykopów mamy do czynienia w Londynie i Poczdamie jeżeli chodzi o rozmiar tych wykopów i skomplikowanie. Zauważa, iż głębokość samych wykopów ma mieć 17m, co można porównać z wysokością budynku. Generalnie również oświadcza, że czy dane rozwiązanie można uznać za równoważne to należy wziąć jeszcze pod uwagę warunki realizacji inwestycji, a nie samych w tym wypadku rodzaju ścian wykopu. W ocenie Zamawiającego wykonawca proponuje zamianę ściany szczelinowej na szczelną, a nie proponuje rozwiązania równoważnego.(...)wyjaśnia, iż problematykę rodzaju ściany czy szczelinowej, szczelnej czy jeszcze innych ścian było to przedmiotem analizy na etapie opracowaniu koncepcji projektowej i projektu budowlanego. Projekt wykonawczy natomiast przyjmuje już konkretne rozwiązania dopuszczalne w wykonawstwie, które projektant uważa za najbezpieczniejsze z punktu widzenia bezpieczeństwa obiektu.(...)Zarówno w opisie technicznym projektu budowlanego i projektu wykonawczego suchego wykopu podkreślono, że konstrukcja obudowy wykopu pracuje zarówno w fazie montażowej jak i eksploatacyjnej budynku. Rozpatrywane w tych opisach konstrukcje obudowy należy połączyć z obliczeniami statycznymi całego budynku, ponieważ obudowa wykopu stanowi integralną jego część. Podkreśla, iż w odpowiedzi, do której ustosunkowywał się Zamawiający, tj. odpowiedzi z 10 kwietnia zakładał, iż ściana szczelna nie będzie odpowiadała przyjętemu modelowi statycznemu budynku. Po analizach różnych wariantów przyjął za optymalne rozwiązanie ściany szczelinowej. Obudowa proponowana przez Odwołującego jest konstrukcją typu wiotkiego w przeciwieństwie do ściany szczelinowej, która daje większą sztywność w fazie wykonania wykopu i również eksploatacji budynku. Według jego wiedzy równoważność może odnosić się do parametrów technicznych, czyli do np. wymaganej statyczności, wielkości deformacji obudowy wykopu oraz do zapewnienia jak najmniejszych odchyłek wykonawczych. Jego zdaniem ściana szczelinowa lepiej spełnia te parametry. Stwierdza, że na etapie projektu koncepcyjnego i budowlanego analizując rozwiązanie ze ścianą szczelną uzyskali wyniki deformacji od 2,5 do 7 razy większe niż w wypadku ściany szczelinowej, przy uwzględnieniu tej samej ilości i długości kotew gruntowych. (...) Nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że proponowane rozwiązania przez Odwołującego nie będzie nieistotne i w efekcie nie będzie powodowało konieczności zmiany pozwolenia na budowę, bowiem rozwiązanie to spowoduje powtórny analizę statyczną konstrukcji całego budynku, spowoduje zmiany w przekrojach poprzecznych elementów konstrukcji oraz zmieni powierzchnię użytkową budynku, a to jest zmianą istotną z punktu widzenia prawa budowlanego. Proponowana zmiana spowoduje konieczność zmiany projektu wykonawczego budynku, który jest aktualnie na etapie przekazywania do inwestora.”

Odwołujący z kolei między innymi na rozprawie oświadczył pełnomocnik (...), „Pan Sahajdak wyjaśnia, iż jest inż. budownictwa, specjalizacja geotechnika, współpracujący z Odwołującym. Posiada 10 letnie doświadczenie, jest projektantem, w swojej praktyce projektanta miał do czynienia głównie ze ścianami

szczelnymi.

W jego ocenie i według jego wiedzy zarówno w ścianach szczelinowych jak i w ścianach szczelnych stosuje się celem osiągnięcia suchego wykopu ściany pionowe jak i w poziomie korek betonowy co chroni wykopy przed napływem wody. Ściana szczelinowa jest z betonu zbrojonego, a ściana szczelna ze stali- są to uwagi co do techniki. Istnieją jednak różnice w wyglądzie i wymiarach. Od strony technicznej różnica sprowadza się do użytego materiału. Ściana stalowa spełnia też funkcję zaporową przed naporem mas gruntowych. Ta funkcja jest spełniana w obu ścianach. Z jego praktyki, jeżeli chodzi o inwestorów, to podejmując decyzję co do rodzaju ściany czy to szczelinowej, czy to szczelnej to głównie decyduje cena. Wyjątkiem od tej reguły jest, kiedy ściana szczelinowa pracuje jako fundament budynku, a tutaj nie mamy takiego przypadku. Nie można z góry określić, która ze ścian jest droższa, ponieważ to zależy od wielu czynników, takich jak: grubości ściany, a generalnie od kosztów materiałów. Z dużym prawdopodobieństwem można stwierdzić, że ściana szczelna będzie tańsza niż szczelinowa, ale to wymaga dokładnych wyliczeń, które nie są możliwe na tym etapie. Rozwiązanie ma charakter kompleksowy, składa się na niego szereg części: ściany, korek, zakotwienie.

Odnosząc się do pisma biura projektowego, stwierdza, że odniesienie się do propozycji Odwołującego jest nieuzasadnione, ponieważ nie oferuje on ścianki szczelnej odzyskiwanej, a traconą, tj. pozostawioną w gruncie i docelowo współpracującą z przyszłą konstrukcją budynku. Oferowana ściana też będzie współpracowała ze ścianą docelową budynku.(...).

W ocenie Izby, przy założeniu uprawdopodobnienia ograniczenia dostępu do zamówienia, przez wskazanie ściany szczelinowej, wyjaśnienia zamawiającego wskazują na istotne znaczenie ściany umacniającej wykop w przedmiotowej inwestycji. Zamawiający oświadczył, że na etapie koncepcji projektowej rozważano różnego rodzaju ściany umacniające wykop, ale biorąc pod uwagę przeznaczenie inwestycji oraz warunki jej realizacji zdecydowano w dokumentacji wykonawczej o wyborze ściany szczelinowej jako najlepiej spełniającej funkcje przyszłego obiektu. Na rozprawie odwołujący odpierając argumentację zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie oraz w załączniku do tejże odpowiedzi nie odpowiedział w jednoznaczny sposób, że ściana szczelna będzie stanowiła funkcję fundamentu pod przyszły budynek, a to według zamawiającego jest jedna z funkcji, które rozwiązanie równoważne powinno gwarantować, ponieważ wybrana w dokumentacji ściana szczelinowa taką funkcję spełnia. Poza tym odwołujący nie zaprzeczył na rozprawie zarzutom zamawiającego o ograniczeniu powierzchni użytkowej budynku z powodu odchyłek wykonawczych wykonania ściany szczelnej, a także konieczności wymiany kotew po 25 letnim okresie użytkowania. Spornym zagadnieniem pozostały kwestie konieczności zmiany pozwolenia na budowę, w związku z koniecznością zmiany statyki budynku, wobec twierdzenia przedstawiciela odwołującego, że w jego praktyce zamiana ściany szczelinowej na szczelną nie powodowała konieczności zmiany pozwolenia na budowę. Niemniej z uwagi na unikatowy charakter inwestycji, czemu nie zaprzeczył odwołujący, jego doświadczenia mogły nie powodować konieczności zmiany pozwolenia na budowę. Sporną kwestią między stronami pozostało zagadnienie konieczności wejścia na sąsiednie działki w

przypadku zastosowania ściany szczelnej i z tym związanymi kotwami gruntowymi.

W ocenie Izby dokonanie rozwiązań równoważnych wiąże się z koniecznością uzgodnienia z projektantem, który docelowo odpowiada za rozwiązania i dopuszczenie do użytkowania obiektu po zakończeniu realizacji inwestycji. Tak więc bezspornym pozostaje konieczność uzyskania zgody na rozwiązania równoważne, co też wynika z treści SIWZ. W praktyce uzyskanie zgody projektanta w wielu przypadkach jest utrudnione, ale to z uwagi na ciążącą na nim odpowiedzialność w myśl obowiązującego prawa budowlanego za przyjęte rozwiązania techniczne. Wobec takich zapisów SIWZ zasadnym było oświadczenie pełnomocnika zamawiającego na rozprawie, że spóźnione są zarzuty co do ograniczeń w zakresie wprowadzania rozwiązań równoważnych uzależnionych od zapisów SIWZ, zgodnie z którymi wymagana jest akceptacja projektanta.

Natomiast w przedmiotowej sprawie odwołujący poza argumentacją na równoważność rozwiązań ścian szczelinowych i szczelnych nie podjął najistotniejszej argumentacji, a mianowicie ograniczenia dostępu do zamówienia oraz równego traktowania wykonawców poprzez ustalenie wymogu zastosowania w wykopie ściany szczelinowej, która to argumentacja daje mu uprawnienie do zaoferowania rozwiązania równoważnego w stosunku do obowiązującego w SIWZ.

Skoro odwołujący takiego ograniczenia dostępu do zamówienia nie jest w stanie uprawdopodobnić to odpada jego prawo do żądania uznania rozwiązań równoważnych. W przeciwnym wypadku w każdej sytuacji wykonawca mógłby wykonywać zamówienie w sposób jemu odpowiadający, a nie inwestorowi w przypadku spełnienia wymogu rozwiązania równoważnego, nawet gdy wskazany w SIWZ sposób wykonania zamówienia nie ograniczał dostępu do zamówienia, ani nie dyskryminował jednych wykonawców wobec innych wykonawców. Tym samym zamawiający określając, że nie dopuszcza ścian szczelnych nie dokonał wbrew twierdzeniu odwołującego zawężającej wykładni opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby proponowana ściana szczelna zamiast ściany szczelinowej wymusza zupełnie inną technologię wykonania umocnienia wykopu i szereg związanych z tym dodatkowych przeprojektowań, uzgodnień z ewentualnością nawet zmiany pozwolenia na budowę, co w sumie bardziej daje się zaklasyfikować do propozycji rozwiązania wariantowego, a nie rozwiązania równoważnego, któremu bliższe jest ingerowanie w parametry techniczne, a nie w metodologię czyli sposób wykonania robót budowlanych.

W świetle powyżej przedstawionej argumentacji zarówno przez odwołującego jak i zamawiającego Izba nie stwierdziła naruszeń przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

Odnosząc się generalnie do zarzutów odwołania należy stwierdzić, że zamawiający argumentował, że nie w sposób subiektywny określił metodę wykonania osłony wykopu przy zastosowaniu ściany szczelinowej. Natomiast odwołujący nie wykazał, że zamawiający określając konkretną ścianę do osłony wykopu faworyzuje konkretnego producenta, markę czy wykonawcę. W związku z tym Izba nie znalazła podstaw do

uwzględnienia żądań odwołującego w przedmiocie unieważnienia odpowiedzi na pytanie nr 198, w której zamawiający określił, że projektant nie dopuszcza możliwości zastosowania ścian szczelnych.

Stanowisko Izby jest zbieżne z przywołaną przez odwołującego opinią Urzędu Zamówień Publicznych, opublikowaną w dniu 17 maja 2010 r. na stronie internetowej UZP

http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/D;678:opis przedmiotu_zamowienia.html), zgodnie z którą (...)wystarcza zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji.

Aby rozważyć zastosowanie rozwiązania równoważnego należy najpierw wykazać możliwość utrudniania uczciwej konkurencji, do czego nie wystarczy formułowanie zarzutu przez „skoro nie dopuszczasz ściany szczelnej to ograniczasz konkurencję”, należy jeszcze wykazać zarzut przez wskazanie faktów i okoliczności, które powodują ograniczenie możliwości dostępu do zamówienia.

Reasumując odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 198 do SIWZ, poprzez którą to krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia w nieuzasadniony sposób miałby ulec ograniczeniu, na co zwrócił uwagę zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz.238) zaliczając w poczet kosztów postępowania kwotę 20.000,00zł wniesioną jako wpis od odwołania.

Przewodniczący:

